

Konkurransen på like vilkår – oppsummering fra arbeidsgruppens rapport

Sammendrag

I 2015 påpekte ESA at kommunenes skattefritak og kommunens ubegrensede garanti (at en kommune ikke kan slås konkurs) *kan* gi kommuner/kommunalt eide bedrifter som driver *økonomisk aktivitet* økonomiske fordeler sammenlignet med privateide konkurrenter. Regjeringen opprettet en arbeidsgruppe, «På like vilkår», ledet av professor Erling Hjelmeng, for å utrede dette nærmere.

Arbeidsgruppen legger i disse dager frem sin rapport. KS har ett medlem i denne gruppen (Beatrice Hennyng fra KS Advokatene). KS Bedrift sine advokater (særlig Håkon Riegels) har vært tett på dette arbeidet og deltatt i en intern arbeidsgruppe. Arbeidsgruppen har først og fremst vurdert kommunesektoren, dvs. etater og kommunale foretak (KF). Det er fortsatt uklart om og hvordan KS Bedrift sine medlemsbedrifter vil bli berørt av forslagene, herunder er det ikke klart hvordan dette vil påvirke IKS.

Uansett vil gruppens forslag måtte følges opp av ytterligere prosesser, og det er en rekke arbeid på gang som henger sammen med dette; havne- og farvannsløvutvalget, forslag til endringer i kommuneloven og i IKS-loven. Det er derfor viktig for KS Bedrift å følge opp behandlingen av disse arbeidene fremover.

Det skal også legges til at dette er komplisert jus, et regelverk som er i endring og som må tolkes og anvendes i en politisk kontekst. Trenden i statsstøtteregelverket i EU/EØS har etter vår vurdering de siste par årene gått i retning av en forenkling og mer «realistisk» tilnærming. Regelverket har altså gjennomgått en betydelig utvikling i årene etter at ESA åpnet denne saken, og vi er enig med KS/LO som i sin dissens sier at dette bør gjenspeiles i arbeidsgruppens forslag.

Arbeidsgruppen har nå lagt frem sin rapport og foreslått tiltak. Den foreslår at den økonomiske aktiviteten må skilles regnskapsmessig fra den øvrige virksomheten (regnskapsmessig skille). Det er imidlertid ikke flertall i arbeidsgruppen for en generell utskillingsplikt (selskapsmessig skille).

Arbeidsgruppen konkluderer med at det generelle skattefritaket for kommuner utgjør statsstøtte. Den foreslår derfor en generell skatteplikt for økonomisk virksomhet. Det betyr i praksis at all økonomisk aktivitet innen kommunen vil måtte ha separate regnskap og skattlegges.

Når det gjelder konkursforbudet, at kommuner (og IKS) ikke kan gå konkurs, sier arbeidsgruppen at dette ikke er problematisk så lenge markedsinvestorprinsippet følges. I praksis betyr dette at den fordel (i form av for eksempel bedre lånevilkår) en kommune får fordi den ikke kan gå konkurs, skal tilfalle kommunen som sådan. Det er ikke klart om dette også vil gjelde for IKS og hvordan dette i så fall skal gjøres for disse selskapene.

Til slutt foreslår arbeidsgruppen at det opprettes et tilsynsorgan (legges til Konkurransetilsynet) som skal overvåke etterlevelsen av markedsinvestorprinsippet. Vi stiller oss svært skeptisk til behovet for et slikt tilsyn.

1. Bakgrunn

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har de siste årene mottatt flere klagesaker fra private som mener at offentlige aktører i markedet får konkurransefordeler i kraft av å være offentlig eid. Det er særlig kommunenes skattefritak og konkursforbud, dvs. at kommuner og IKS ikke kan gå konkurs og dermed får bedre rentevilkår i banken, som hevdes være i strid med EØS-avtalen. Dette er bakgrunnen for at ESA i 2015 foreløpig konkluderte med at det generelle skattefritaket og konkursforbudet kan være i strid med EØS-avtalen.

2. Konkurranse på like vilkår arbeidsgruppen - mandat

For å utrede ESAs foreløpige konklusjon oppnevnte Regjeringen en arbeidsgruppe som skulle gi grunnlag for å gjennomføre tiltak som sikrer at økonomisk aktivitet innenfor stat, fylkeskommune og kommuner ikke bryter EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Utgangspunktet er at offentlige og private aktører skal operere under like konkurransevilkår når de opererer på markedet.

Arbeidsgruppen skulle vurdere virkninger av det generelle skattefritaket, kryss-subsidiering, garantier og manglende etterlevelse av markedsaktørprinsippet¹.

På bakgrunn av sitt arbeid skal arbeidsgruppen anbefale løsninger og virkemidler og fremme forslag til nødvendige lovbestemmelser eller andre tiltak.

3. Omfanget av økonomisk aktivitet

Som et ledd i arbeidet ble det gjennomført en kartlegging av omfanget av såkalt EØS-rettslig økonomisk aktivitet² innen norsk offentlig sektor. Enheter utskilt som egne rettssubjekter er i utgangspunktet ikke omfattet av denne redegjørelsen (heller ikke IKS).

Kommunenes respons på kartleggingen var svært varierende og arbeidsgruppen konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å trekke sikre konklusjoner om omfanget av økonomisk aktivitet i norsk offentlig sektor. Det slås allikevel fast at størstedelen av økonomisk aktivitet som finner sted på markedet i regi av det offentlige allerede er skilt ut som egne rettssubjekt.

4. Tiltak foreslått av arbeidsgruppen

¹ **Markedsaktørprinsippet** – verktøy utviklet av EU-domstolen som redskap for å vurdere om det foreligger en økonomisk *fordel* etter EØS-avtalens artikkel 61. Prinsippet innebærer at det offentlige, når det driver aktivitet i markedet, må handle på samme måte som en sammenlignbar, rasjonell og profittorientert privat aktør ville ha gjort under lignende omstendigheter.

²Såkalt **EØS-rettslig økonomisk aktivitet** er økonomisk aktivitet som definert av EU-domstolen. Dette innebærer at tjenester som er finansiert av offentlige budsjetter, er basert på solidaritet og som ikke forutsetter mer enn marginal egenbetaling ikke er EØS-rettslig økonomisk aktivitet. I Norge gjelder dette for eksempel utdanning, spesialisthelsetjenester, kommunale helse- og omsorgstjenester, barnehager og barnevern.

Flertallet i arbeidsgruppen konkluderer med at både det generelle skattefritaket og konkursforbudet (rentefordelen) utgjør statsstøtte og foreslår tiltak for å bøte på dette.

Verdt å merke seg er at det ikke er flertall i arbeidsgruppen for en generell utskillingsplikt (selskapsmessig skille) for økonomisk aktivitet. Medlemmene fra NHO og Virke går allikevel inn for å anbefale utskillingsplikt og denne ballen er nok ikke lagt død.

Et flertall i arbeidsgruppen mener imidlertid at et regnskapsmessig skille og skatteplikt for økonomisk aktivitet er tilstrekkelig for at en økonomisk virksomhet ikke skal komme i konflikt med statsstøttereglene. Dette betyr at all økonomisk aktivitet innen kommunen vil måtte ha separate regnskap og skattlegges.

En samlet arbeidsgruppe konkluderer med at konkursforbudet ikke representerer et problem, forutsatt at markedsinvestorprinsippet etterlevs. For en kommune eller et KF innebærer i praksis etterlevelse av markedsinvestorprinsippet at en rentefordel man har fått på grunn av konkursforbudet må utjevnes, for eksempel ved at beløpet tilfaller kommunen (som vil være den som tar opp lån) og ikke den økonomiske aktiviteten. På denne måten vil det offentlige ikke ha bedre vilkår enn private i en konkurranse på markedet.

Arbeidsgruppen understreker at andre fordeler som kan oppnås som en følge av konkursforbudet, som for eksempel bedre priser fra leverandør etc., må påvises konkret i hvert enkelt tilfelle. Dersom det kan påvises slike fordeler kan disse også løses gjennom å følge markedsinvestorprinsippet.

Et flertall i arbeidsgruppen foreslår at det i tillegg innføres et generelt prinsipp om at når en offentlig aktør driver kommersiell aktivitet i konkurranse med andre skal dette gjøres på markedsmessige vilkår. Et spørsmål som oppstår her er hvordan et slikt prinsipp passer for virksomhet der forvaltning og næring henger tett sammen, for eksempel i havnedrift. KS Bedrift mener et slikt prinsipp ikke nødvendigvis vil være treffende for all den økonomiske aktivitet som skjer i regi av det offentlige.

Videre har et flertall av arbeidsgruppen foreslått at det etableres et tilsyn for å sikre etterlevelse av markedsaktørprinsippet og at denne oppgaven legges til Konkurransetilsynet. Det er delte meninger i arbeidsgruppen om mandatet til et slikt tilsyn og spesielt om tilsynet skal kunne gi konkrete pålegg, blant annet om utskilling og om utbetalt ulovlig støtte skal tilbakeføres til kommunen eller overføres til statskassen.

5. Dissens i arbeidsgruppen

Medlemmene til KS (Hennyng) og LO (Reegaard) har tatt dissens på enkelte punkter i rapporten og støtter ikke forslaget om opprettelse av eget tilsynsorgan. Som grunnlag for dissensen vises det til en juridisk utredning fra Per Andreas Bjørgan, partner i Lund og co, som har omfattende erfaring og kunnskap om statsstøtterett fra ESA. Bjørgan holdt også innlegg om tilsvarende tema på hovedscenen under Bedriftenes Møteplass 2017.

Her stiller de blant annet spørsmål ved om ESA faktisk har kompetanse til å pålegge endringer i norsk lovgivning på et så generelt grunnlag som ESA gjør her (omfatter all økonomisk aktivitet) uten å peke på hva slags type aktivitet de mener strider mot støtteretten. Tilnærmingen som ESA har valgt gjør

det vanskelig/umulig å prøve den enkelte virksomhet opp mot statsstøttevilkårene og er, ifølge Bjørgan, ikke i tråd med intensjonen med EØS-avtalen.

KS/LO mener at arbeidsgruppen i for liten grad har forsøkt å utfordre ESAs argumenter og at man dermed ikke synliggjør norske myndigheters handlingsrom. Spesielt pekes det på at ESA foreslår at økonomisk aktivitet bør skilles ut som egne rettssubjekter som betaler skatt og kan gå konkurs. Det er ifølge KS/LO tvilsomt om EØS-avtalen gir grunnlag for å pålegge norske myndighet slike tiltak³.

KS/LO viser til at ESA ikke har påpekt hvilke konkrete vare- og tjenestetilbud som er omfattet av saken. De har derved heller ikke etablert et faktisk grunnlag som de ulike støttevilkårene kan vurderes opp imot. Det er uklart om velferdstjenester og vare- og tjenestetilbud forbundet med samfunnskritisk infrastruktur omfattes. Dette må ses i sammenheng med nasjonale myndigheters suverene rett til å bestemme om tjenestetilbudet til befolkningen skal være basert på offentlige ytelser, eller om sektorer helt eller delvis skal åpnes for konkurranse fra private aktører. Slike problemstillinger er ikke nevnt i ESAs brev til norske myndigheter.

KS/LO understreker at rapporten i liten grad sier noe om kostnader og gevinster forbundet med tiltakene som er foreslått. KS har derfor besluttet å bestille en FoU-rapport for å vurdere konsekvenser ved tiltakene for kommunene – samlet og sektorvis. Den vil også se på konsekvensene slike tiltak kan ha for innbyggerne.

LO kritiserer arbeidsgruppens forslag om å innføre skattlegging for all økonomisk aktivitet i regi av det offentlige. Det vises til manglende konsekvensutredninger og pekes på at gjennomføring av tiltakene kan gi offentlige aktører en generell administrativ belastning blant annet for å betale skatt til seg selv. LO mener videre at arbeidsgruppen underkommuniserer de ulemper det offentlige har i konkurranse med det private. Det vises her til mindre valgfrihet (for eksempel i valg av hvilken vare man selger og hvor man selger denne), strengere kontrollregime i forhold til lover og regler etc. Konkursforbudet problematiseres uten at man ser hen til at det offentlige gjerne har leveringsplikt og restriksjoner på finansiering. Til dette kan vi, for egen del, føye til at kommuner og kommunalt eide bedrifter også må forholde seg til krav i offentlighetslov, forvaltningslov, offentlige anskaffelser – i tillegg til å ha et særlig ansvar for anstendige lønns- og arbeidsvilkår for sine ansatte.

6. Konsekvenser og utfordringer for medlemmer i KS Bedrift

ESA har i sin henvendelse tatt for seg stat, (fylkes)kommune og kommunale foretak. Selvstendig rettssubjekter faller i utgangspunktet utenfor arbeidsgruppens mandat, men drøftes allikevel enkelte steder i rapporten.

For avfallsbransjen ble det i 2014 innført krav om både skatteplikt og regnskapsmessig skille og KS Bedrifts Avfalls medlemmer vil derfor være godt forberedt på eventuell lovendringer som følger av arbeidsgruppens forslag.

³ Tiltakene hevdes å være i strid med EØS-artikkel 125 som verner om eiendomsretten og statens rett til å organisere tjenester, jf. også EØS-avtalens artikkel 59 (1).

7. Medlemmer organisert som AS og SA:

For medlemmer av KS Bedrift som er organisert i selskapsformer som har skatteplikt og som kan gå konkurs vil rapportens konklusjoner få liten betydning. Dette er i praksis selskapsformene AS og SA. Det er mulig at et AS som er datterselskap til et IKS kan berøres indirekte, dersom vilkårene for drift av et IKS endres som en konsekvens av utvalgets arbeid. Dette gjenstår å se.

a. Medlemmer organisert som IKS:

Når det gjelder selskap organisert som IKS er konsekvensene uavklarte. Dette fordi arbeidsgruppen ikke har forslått tiltak for aktivitet som allerede er skilt ut i egne selskap.

Når det gjelder ESAs innvendinger mot skattefrihet (inntektsskatt) vil et IKS ikke berøres ettersom det allerede er skatteobjekt, jf. skatteloven (sktl.) § 2-2. Om et IKS fritak fra formuesskatt jf. sktl. § 2-36 (1) kan betegnes som en fordel er usikkert og må vurderes nærmere.

Når det gjelder konkursforbudet for et IKS vil utgangspunktet være likt som for kommunen. En rentefordel vil kunne være en fordel for selskapet og rammes av støtteregele. For andre fordeler som et selskap kan få på markedet fordi det ikke kan gå konkurs anser arbeidsgruppen disse for langt mer usikre (bedre vilkår fra leverandører osv.) og disse må derfor påvises konkret i hver enkelt sak.

I den grad et IKS driver både forvaltningsvirksomhet og EØS-rettslig økonomisk aktivitet vil etterlevelse av markedsinvestorprinsippet kunne løse støtteproblematikken. Konkret vil det bety at fordelene som oppnås (ved lavere renter og bedre vilkår mot kunder/leverandører) ikke kan tilfalle den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten. Dette vil føre til at IKSet ikke har fordeler på markedet sammenlignet med private konkurrenter.

I den grad IKS driver ren næringsvirksomhet fremstår det som mer uklart hvordan markedsinvestorprinsippet skal etterleves. Kan for eksempel en rentefordel tilbakeføres til eierne uten at IKS-lovens regler om utdeling kommer til anvendelse? Her kan man kanskje se for seg at det kreves en lovendring.

b. Medlemmer organisert som § 27 foretak.

Utgangspunktet er at virksomhet utøvd i et § 27-selskap skal skattlegges gjennom eierne. Ettersom eierne er kommuner nyter de godt av det generelle skattefritaket. Det kan legges til grunn at økonomisk aktivitet på markedet gjennom et § 27- selskap må innrette seg på å bli beskattet i fremtiden, dersom utvalgets anbefalinger følges. Videre må fordeler oppnådd på grunn av fordeler ved eierens konkursforbud nøytraliseres gjennom markedsinvestorprinsippet. Altså må rentefordeler tilfalle eier og ikke den økonomiske virksomheten.

Her må det vurderes nøyere om det er en forskjell på § 27-selskap som er å anse som selvstendige rettssubjekt og de som ikke er det.

8. Opprettelsen av et tilsynsorgan for etterlevelse av markedsinvestorprinsippet:

Arbeidsgruppen foreslår at det opprettes et tilsynsorgan som skal overvåke etterlevelse av markedsinvestorprinsippet. Hva slags mandat dette tilsynet skal ha er uklart, men en hovedoppgave ser ut til å være å sikre overholdelse av markedsinvestorprinsippet. Her kan det stilles spørsmål om behovet for et tilsyn ettersom flere andre aktører allerede utøver tilsyn med selskapene. Først vil kommunerevisjonen og kontrollutvalg måtte etterse at det faktisk føres separate regnskap for økonomisk aktivitet i kommuner og KFer. Videre vil ESA føre tilsyn med statsstøttereglene. Det er unaturlig at markedsinvestorprinsippet skal få en så sterk posisjon at det krever eget tilsyn. Dette prinsippet er ment som et av flere hjelpemidler for å slå fast om støtte er i tråd med regelverket eller ikke. Markedsinvestorprinsippet har ikke et eget lovgrunnlag, og spørsmålet er således om man vil endre dette.

Det vil videre være vanskelig å finne kompetente personer til å gjøre slike vurderinger i Norge. Konkurransetilsynet må derfor opparbeide ny kompetanse på et område hvor behovet fremstår som svært begrenset.

Avslutningsvis kan det bemerkes at et slikt tilsyn vil kunne gjøre det svært enkelt for aktører som ønsker å stille spørsmål ved det offentliges aktivitet på markedet. Vi ser i dag at det er svært mange klager til ESA som involverer våre medlemmer. Et nytt tilsyn kan medføre at listen for å klage blir svært lav og at våre medlemmer må forberede seg på å bruke stadig mer tid til å besvare mer eller mindre godt begrunnede klager under utredning av det nye tilsynet som foreslås opprettet.